

PROCESSO - A. I. Nº 206958.0006/19-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRENTES - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0068-01/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0068-12/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. Efetuada correção no cálculo do imposto devido, uma vez que o autuado comprovou que grande parte das operações, que foram objeto da autuação, se tratavam de transferências internas ou de operações não tributáveis ou isentas. Excluído do lançamento os valores referentes à “Salmão” (até 31/05/2016) que a JJF julgou ser indevidos, no entanto, ainda constava no demonstrativo. Decretada, de ofício, a nulidade para cobrança das mercadorias com CFOP 5949, por entender que as mercadorias são para serem enquadradas como estorno de crédito e não, como está descrito na autuação, excluindo do lançamento tributário. Recomenda-se a renovação da ação fiscal para cobrança referente as mercadorias do CFOP referido por entender ser do estorno de crédito e observar o prazo decadencial. Afastadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Acatada a preliminar de decadência para parte do montante exigido. Infração parcialmente caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto (art. 169, I, “a” do RPAF/99) e Voluntário (art. 169, I, “b” do RPAF/99), no qual julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, lavrado em 21/06/2019, faz exigência de ICMS no valor histórico de R\$4.958.952,50, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação:

Infração 01 – 02.01.03: “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”.

Refere-se aos meses de janeiro a dezembro de 2014 a 2017.

Enquadramento legal: art. 2º, inciso I e artigo 32 da Lei nº 7.014/96, combinado com o artigo 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada de 60%, conforme o artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 09/07/19 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 09/09/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 17 a 46. O autuante presta informação fiscal, às fls. 67/70. O autuado manifestou às fls. 79 a 87. O autuante manifestou às fls. 372 a 374. O autuado em nova réplica apresenta às fls. 383 a 390 novos questionamentos. O autuante vem com a terceira informação fiscal às fls. 404 a 407. O autuado apresentou nova manifestação às fls. 415 a 423. O autuante em sua quarta informação fiscal (fls.

434/435). O autuado, em sua nova réplica às fls. 443 a 449. O autuante em sua quinta informação fiscal (fls. 455 a 458), manteve o teor da sua última manifestação. Assim, após várias intervenções das partes (autuado e autuante) a JJF seguiu com a seguinte decisão:

VOTO

O presente lançamento, constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN, e 39 do RPAF/99.

Observe que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante dos fatos, se reportou aos demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitaram a instalação do contencioso.

Foram suscitadas questões preliminares a serem analisadas, o que passo a fazer neste momento, observando, inicialmente, quanto ao argumento de que os seus direitos haviam sido suprimidos pela autuação, impossibilitando o exercício de seu direito de defesa, a começar por não ter tomado ciência, sequer, que estava sendo fiscalizada, não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco, e da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos, nos termos previstos no artigo 26 do RPAF/99, reproduzido, não tendo observado no presente nenhum dos documentos acima elencados.

A este respeito, esclareço que na forma do documento encartado à fl. 07, contrariamente ao afirmado pela defesa, o contribuinte foi devidamente intimado para apresentação de livros e/ou documentos fiscais.

Na forma do artigo 26, inciso III do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização.

Ou seja, o autuante comunicou o início dos trabalhos de auditoria na empresa, no período de 2014 a 2017, bem como informou e deu conhecimento do encerramento dos trabalhos com a lavratura do Auto de Infração.

Quanto ao argumento de terem sido os arquivos, contendo os demonstrativos, entregues pelo autuante formatados em PDF, tal fato, não trouxe qualquer prejuízo à defesa, sequer cerceou seu direito ao exercício do contraditório, diante, inclusive, do fato das peças apresentadas analisarem detidamente vários produtos, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais, motivo pelo qual não acolho o mesmo.

Logo, diante do fato de terem sido observados os princípios do Processo Administrativo Fiscal, os respeitando, inexistente a alegada violação aos mesmos, sendo atendidos o da ampla defesa e o do contencioso, além do princípio da legalidade, bem como obedecidos os procedimentos regulamentares e normativos, tornando o feito isento de qualquer mácula que o contamine com nulidade, o que leva ao não acolhimento de tais argumentos.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado na peça defensiva, nego, como solicitado na peça mencionada, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

Ressalte-se, que a diligência e/ou perícia, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligar ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina, que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa formulada.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, nem a necessidade de realização de diligência/perícia, passo à análise do mérito, como segue.

O presente processo trata de lançamento fiscal, imputando ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em preliminar de mérito, o autuado arguiu a decadência do lançamento, do período compreendido entre 01/01/2014 a 09/07/2014, alegando já ter extrapolado 5(cinco) anos da ocorrência do Fato Gerador.

Sobre essa questão, a PROCURADORIA ESTADUAL (PGE/PROFIS), através do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, firmou entendimento de que conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações e prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento do imposto em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Não sendo atendidas as regras acima, conta-se o prazo decadencial do débito fiscal a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e pago, com fundamento no art. 173, inc. I do CTN.

Nesta linha de raciocínio, a infração que deu origem ao Lançamento de Ofício em lide, a qual está relacionada com débito onde houve a escrituração por parte do contribuinte, a mesma se submete ao regramento do art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), onde há a homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador.

Considerando que o ato de lançamento formalizado através do presente Auto de Infração, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte, verificada em 09/07/2019, (fl. 12), os fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2014, efetivamente foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados nessas datas ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V do CTN, que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extiguem o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência.

Ressalto, inclusive, que em sua quarta informação, o autuante acatou a decadência acima mencionada.

Passo agora a enfrentar as demais questões de mérito.

O autuado contestou o cometimento da infração, alegando bitributação (operações constantes também nos AIs 206958.0007/19-5 e 206958.0008/19-1), e que foram indevidamente consideradas pelo autuante como tributável, operações de transferências internas, isentas, de devolução, não tributáveis e com fase de tributação encerrada.

Em relação à bitributação, em que pese as argumentações defensivas, constato que os Autos de Infrações acima mencionados (recolhimento a menor do ICMS em função de divergências entre o valor do imposto recolhido e o informado por erro de apuração), são totalmente fundamentados em linhas de saídas de itens cujo ICMS estava citado, mas calculado parcialmente, com erros sempre a menor, salientando que as infrações foram erros na apuração dos valores do imposto, e que o presente processo trata das linhas de saídas de itens cujo campo destinado ao ICMS estava em branco (operações tributáveis como não tributáveis).

Quanto às notas fiscais mencionadas pelo contribuinte, ressalto, que o fato de existirem documentos fiscais arrolados em mais de uma autuação, não implica necessariamente em bitributação, uma vez que uma mesma NF pode trazer mercadorias com tributação equivocada (AI 206958.0007/19-5 e 206958.0008/19-1), e outras sem qualquer tributação quando deveriam ser tributadas (Auto de Infração em exame).

Ademais, o AI 206958.0007/19-5 já foi julgado improcedente, por conter apenas operações de transferências internas, e não foram trazidos aos autos demonstrativos analíticos dos mencionados Autos, comprovando a alegada bitributação, pelo que deixo de acatar.

No que diz respeito à inclusão de operações de transferências internas entre seus estabelecimentos, assiste razão ao autuado, motivo pelo qual, o próprio autuante assim reconheceu durante as suas manifestações, as excluindo do processo, o que reduziu consideravelmente o valor da autuação, face a recente Súmula nº 08, editada pela Câmara Superior deste CONSEF, que assim estabelece: “não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular”.

Quanto às demais operações questionadas pelo sujeito passivo, isentas, de devolução, não tributáveis e com fase de tributação encerrada, concordo com as retificações efetuadas pelo autuante, que fez as exclusões a seguir.

Relativa aos CFOPs 5915 e 6915 (remessas para conserto), e CFOPs 5909/6090 (vasilhames); CFOP 5927 (produtos perecíveis – perda por furto, roubo, avarias); produto “Filme Stretch”, usado para embalagens; mercadoria salmão, até 31/05/2016, quando começou a vigorar o Decreto nº 16.738/16; em função de não serem tributadas ou serem isentas no período.

Em relação aos itens com fase de tributação encerrada, concordo com a manutenção da exigência por parte do autuante, uma vez que para o produto está enquadrado na substituição tributária, necessita que além do NCM está elencado no Anexo I do RICMS/2012, que também a descrição do produto seja a compatível com feita no dispositivo em questão.

Dessa forma, as mercadorias Cereal – NCM 1904.1000, Pão de Queijo – NCM 1905.9090, Lubrificante Gel –

NCM 3006.7000 e Mistura para Bolo – NCM 1901.2000, não estavam incluídas no instituto da substituição tributária, nos períodos cujo imposto está sendo exigido no presente processo.

Quanto ao questionamento relativo à multa aplicada, ressalto que está prevista em Lei (artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96), e esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, não cabendo a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em função do valor inicialmente exigido de R\$4.958.952,50, ter passado para R\$939.335,57, conforme demonstrativo inserto na mídia à fl. 438, tendo sido já consideradas as exclusões das competências alcançadas pela decadência:

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

A patrona da recorrente, Dra. Rebeca Brandão de Jesus (OAB/BA nº 58.327), apresenta peça recursal, nos seguintes termos:

Preliminarmente, **alega nulidade do Auto de Infração** devido à três fatos: “*Falta de Termos; Conflito entre Termos e o Auto de Infração e; Cerceamento do Direito de Defesa referente à inadequação dos demonstrativos*”.

Na primeira preliminar, **falta de termos**, diz os mesmos argumentos defensivos:

- O auto de infração é um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos necessários para sua validade jurídica para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do CC), no qual é praticado por autoridade pública competente (art. 42, I do Decreto nº 7.629/99), que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada, seguindo as exatas prescrições da lei. E que, sua inobservância, acarreta na sua anulabilidade, como no caso em tela. Reproduz o art. 18, incisos II e IV, “a” do Decreto nº 7.629/99 do RPAF;
- Afirma descumprimento tendo assim, flagrante cerceamento ao direito de defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração, como restará comprovado de forma mais robusta com as informações de mérito que adiante serão demonstradas.
- Sustenta que há falta de um documento essencial para o seguimento do feito, acarretando, por certo, a nulidade do ato, inexistindo tal documento, todos os elementos indispensáveis, assim não teremos um auto de infração, administrativamente considerado, esse dano fere de morte a validade do ato administrativo, sendo impossível a ratificação posterior do erro fatal, eis que as condições materiais já não mais permanecem. Cita a Teoria das Nulidades amplamente defendida pelo Professor Hely Lopes Meirelles.
- Roga ao princípio da extraterritorialidade, devendo ser decretado nulo, afastando seus efeitos principais e secundários, como também ao princípio do devido processo legal para que não ocorra nenhuma arbitrariedade.
- Afirma que não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco. Da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos. Reproduz o art. 26 do RPAF. Cita as lições de **Alberto Xavier** (in “Do Lançamento, Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”, Ed. Forense, 2 ed., pág. 124).

Para segunda nulidade suscitada, **conflito entre termos e o auto de infração**, nova argumentação:

- Disse que ao ser intimado da lavratura do Auto de Infração, há um erro da mesma em relação a Inscrição Estadual, consta IE nº 74.843.025, que é de outra filial da empresa, quando a presente Impugnante possui Inscrição Estadual de nº 13.608.561, o que já de plano dificulta o salutar exercício da defesa, até porque, como pode ser percebido dos Demonstrativos apresentados pela Fiscalização, não há informação de a qual Inscrição Estadual se referem os relatórios. Não

há porque prosperar um lançamento fiscal em que nem o dado cadastral mais importante da SEFAZ, que é a Inscrição Estadual.

- Percebe-se também que a informação na própria INTIMAÇÃO DE LAVRATURA, na parte que faz referência a apensação de mídia de armazenamento digital com os relatórios da autuação, se refere a um outro Auto de Infração, qual seja, o de nº 2069850004196, como se percebe do documento componente deste PAF. Os erros iniciais já deixam combalido o desenrolar do presente processo.
- Requer a decretação de nulidade do presente lançamento. Reproduz a alínea ‘a’, do Inciso I, do Art. 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7629/99.

Para a última e terceira nulidade suscitada, ***cerceamento do direito de defesa referente à inadequação dos demonstrativos***, volta a tecer os mesmos fatos neste item:

- Pontua que a nulidade do procedimento fiscal é pelo fato de que os demonstrativos em meio magnético apresentados em CD estão apenas em formato PDF, o que impossibilita que a empresa possa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que se permita, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo. O PDF apresentado é não editável.
- Reforça entendimento que o formato apresentado deve ser em EXCEL, pois da forma que estão postos fica a empresa sujeita a uma metodologia de gincana estudantil para poder exercer seu Direito de Defesa. Reproduz o RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece em seu § 3º do art. 8º, que os demonstrativos devem ser apresentados pelo menos em formato TEXTO ou TABELA, exatamente porque nestes formatos há a possibilidade de a defendente importar os dados de forma integral e analisa-los de forma automatizada e rápida.
- Disse que o demonstrativo anexado ao Auto de Infração possui 333 páginas. Humanamente impossível analisar de forma correta de forma manual como está posto. E pior, não há ordem alfabética na listagem das mercadorias, o que comprova que foi incorretamente formatado o relatório no sistema da SEFAZ.
- Salienta que, com a informatização da apresentação dos documentos e livros fiscais por parte das empresas, exigida pelo Fisco em meio eletrônico, quer sejam as notas fiscais eletrônicas ou a escrituração fiscal e contábil digital, o são desta forma de maneira a facilitar e agilizar o trabalho do Fisco e também do Contribuinte, mas as rotinas de auditoria também precisam evoluir no mesmo sentido, com relatórios e demonstrativos que proporcionem ao sujeito passivo a possibilidade de alimentar seus bancos de dados internos e poder fazer os cruzamentos apropriados, de forma a se defender de forma adequada, e até entender da forma apropriada o que lhe está sendo imputado.
- Assevera que a simples questão da omissão de documento essencial para validade do ato jurídico, o Termo de Início de Fiscalização, por si só, fulmina o procedimento de fiscalização do ilustre auditor fiscal, bem como do auto de infração. Agravado com a indevida formatação da apresentação dos arquivos digitais que demonstram os cálculos das infrações que fulmina por completo o procedimento de lançamento fiscal, devendo o mesmo ser declarado nulo.

Nas questões de mérito, trouxe também as mesmas razões, pelo menos em parte: “*Prejudicial da Decadência (art. 156, V c/c art. 150, §4º do CTN); Erro Material; Impossibilidade de Tributação das Transferências Internas; Tributação das Operações Internas; Autuação Indevida com Encerramento da Fase de Tributação; Inclusão Indevida de outras operações 5949 e 5927, sendo operações intributáveis pelo ICMS; Bitributação; Quanto às Multas aplicadas - Efeitos Confiscatórios; Solicitação de Diligência*”.

Questões de ***prejudicialidade da decadência***:

- Pede pela confirmação da extinção dos fatos geradores anteriores à 09/07/2014, consequentemente, manutenção da decisão de piso;

- Reproduz o art. 156, I do CTN, diz que o lançamento de ofício ocorre por duas regras, uma prevista no art. 173, I do CTN e, a outra, prevista no §4º, do art.150 do CTN, cuja homologação é firmada após 05 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador;
- Refuta que a decisão piso proferiu o voto pela parcial subsistência do Auto de Infração, decretando extinto os fatos geradores anteriores a julho de 2014, com fluência na data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, §4º do CTN, sendo janeiro a junho extinto;
- Cita entendimento do eminente Leandro Paulsen (*PAULSEN, Leandro. Direito Tributário. Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, p.964*), do ilustre Sacha Calmon Navarro Coelho (*Curso de Direito Tributário Brasileiro. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999, p.720-721*), jurisprudência do STJ (AgRg no REsp 1182862 / RS – ARE nº. 2010/0038231-3 - Rel (a): Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) - T1 - PRIMEIRA TURMA – D.Julg.: 16/12/2010 – D.Publ.: DJe 02/02/2011; AgRg no REsp 1192933 / MG - ARE nº. 2010/0080028-2 - Rel(a): Min. BENEDITO GONÇALVES (1142) - T1 - PRIMEIRA TURMA- D.Julg.: 08/02/2011 – D.Publ.: DJe 11/02/2011).
- Acrescenta entendimento da própria PGE/PROFIS no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, jurisprudência do CONSEF (CJF Nº 0289-11/16). Pede pelo reconhecimento da CADUCIDADE do crédito compreendido no período de 01/01/2014 a 09/07/2014 (junho), referente às hipóteses de incidência materializadas em datas anteriores a cinco anos da ciência da autuação, presentes em todas infrações deste PAF.

Na alegação de ***erro material***:

- Afirma que ainda continuam diversos erros claros na acusação da Fiscalização de que a empresa recolheu imposto à menor. Vários itens foram indevidamente considerados tributáveis, o que levou o nobre Auditor Fiscal a lançar de forma equivocada.

Para o argumento da ***impossibilidade de tributação das transferências internas***:

- Frisa que a JJF acertou em excluir do lançamento as operações de transferências internas que foi objeto de recurso de ofício devendo ser mantido julgamento de piso, pelas seguintes razões.
- Ressaltar que em relação as transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos de mesma titularidade não ocorrem o fato gerador do ICMS, conforme entendimento já sumulado pelo STJ (Súmula nº 166) e pacificado em nossa jurisprudência, pela inexistência de relação jurídico-tributária entre matriz e filial quanto à transferência de mercadorias.
- Na hipótese de mero deslocamento físico da mercadoria, como ocorre nas transferências da filial para a matriz e vice-versa, indevida é a existência do imposto, visto incorrer aí a circulação econômica ou jurídica.
- Cita a doutrina do professor Roque Carrazza (*ICMS, 10ª ed. Ed. Malheiros, p. 36/37*); entendimento pacificado no âmbito dos Tribunais Superiores, STF e STJ, tendo este já editado uma Súmula (*REsp 1125133/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010*); entendimento uníssono do CONSEF (*ACÓRDÃO CJF Nº 0339-11/17*), reproduz a Súmula nº 14 do CONSEF;
- Assinala que as operações autuadas identificadas pelos códigos fiscais de operações de transferências 5152, 5403, 5409 dentre outros.
- Reforça defesa que existem outras operações que utilizam CFOP's divergentes dos citados acima, entretanto também são operações entre estabelecimentos de mesma titularidade como, por exemplo, o CFOP 5949, onde em diversas operações ocorrem movimentação de material de embalagem, CFOP 6921 que são operações de remessas de embalagens retornáveis, inclusive isentas conforme art. 245, XXX do RICMS, CFOP 5926 que são notas fiscais emitidas para documentar reclassificação de mercadorias, dentre outros.
- Pede que essas operações são totalmente identificáveis bastando comparar o emitente da nota fiscal com o destinatário para verificar que se tratam de estabelecimentos de mesma

titularidade.

Nas questões das **operações isentas**:

- Sustenta que existem diversas operações de produtos isentos positivados pelo RICMS devendo serem excluídos do lançamento fiscal por não serem tributados pelo ICMS, conforme o exemplo das operações com pescado, em estado natural ou congelado, isenta do imposto conforme art. 265, II, “e” do RICMS, vigente a época dos fatos geradores e frutas e verduras isentas de acordo o art. 245 do RICMS.
- Acosta exemplo de operações isentas que ainda constam no demonstrativo do lançamento, conforme fl. 505-06 (PEIXE CORVINA SALGADA GDE KG; PEIXE MIRAGUAIA SALGADA KG; PEIXE SALMAO POSTA PESCARIA PCT 800G; PEIXE SALMAO POSTA PESCARIA PCT 800G; MILHO P/CANJICA AMARELO JUPARANA 500G; MILHO P/CANJICA BRANCA JUPARANA 500G).

Diz ser **indevido a tributação para operação de fase encerrada**;

- Acosta de fl. 507 com quadro fazendo a identificação:

NCM	PRODUTO
19041000	CEREAL
19059090	PÃO DE QUEIJO
30067000	LUBRIFICANTE GEL
09012100	CAFÉ
19012000	MIST P/ BOLO
16024900	APRESUNTADO
16010000	SALAME
17049010	FONDANT
18063110	CHOC PO SOLUVEL MAVALERIO 32% CACAU 20
16021000	MORTADELA
02023000	SALAME
16010000	PRESUNTO
16010000	LINGUIÇA CALABRESA

- Junta exemplo, dizendo que o produto Café (CAFE TRES CORACOES SOLUVEL SACHE 50G; CAFE TRES CORACOES SOLUVEL DESCAF SACH; CAFE TRES CORACOES DESCAFEINADO 250G), que figurou na substituição tributária até 31/12/2014, mesmo assim ele consta na autuação em operações realizadas antes de 31/12/2014, além de outros produtos (APRESUNTADO FRIMESA KG; MORTADELA FRIMESA SUINO C/TOUC KG; MORTADELA FRIMESA SUINO S/TOUC KG; SALAME SADIA HAMBURGUES KG) conforme demonstrado de fls. 507/509;
- Colaciona julgado do CONSEF (ACÓRDÃO JJF Nº 0275-03/19) do mesmo contribuinte o relator foi enfático ao tratar de alguns produtos a autuados. Pede pela expurgação do lançamento em apreço.

Defende em relação à **inclusão indevida de outras operações com CFOP 5949 e 5927**, que não é tributável pelo ICMS:

- Discorre que as operações com CFOP 5949, outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, incluídas indevidamente no lançamento, são na verdade operações de consumo interno, com a emissão da respectiva nota fiscal, que não representou um negócio jurídico, muito menos a circulação das mercadorias. Logo, não ocorrendo o fato gerador do imposto.
- Nota-se que a não-incidência do imposto deriva da inexistência de operação ou negócio mercantil havendo, tão-somente, a utilização da mercadoria pelo mesmo dono, sem deslocamento, não traduzindo, desta forma, fato gerador capaz de desencadear a cobrança do imposto.
- Cita jurisprudência do STF, no sentido de que não incide ICMS sobre operações onde não ocorre o negócio jurídico está sintetizada no RE 267.599-AgR-ED, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 30.04.2010 e AI 693.714-AgRJ, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma,

DJe 21.08.2009:

- Frisa o julgamento da ADC 49 sob o rito de Repercussão Geral, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar nº 87/1996 (Lei Kandir) que preveem a ocorrência de fato gerador do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) na transferência interestadual de mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte.
- Disse que STJ apontou ser improcedente do pedido, sendo que a circulação física de uma mercadoria não gera incidência do imposto, pois não há transmissão de posse ou propriedade de bens, acostando DANFES nas fls. 512/514 para o caso das operações 5927, lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, as mesmas não podem ser tributadas por determinação legal.
- Faz referência ao inciso IV, do art. 312 do RICMS, exige que o sujeito passivo efetue o estorno do imposto de que se tiver creditado, sempre que a mercadoria entrada no estabelecimento vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar. Por óbvio que o estorno do respectivo crédito fiscal somente é necessário, porque não deve haver débito do ICMS na nota fiscal que registrar a baixa do estoque.
- Solicita afastamento do lançamento em comento as operações com CFOP's 5949 e 5927.

O argumento sobre a **bitributação** sendo operações constante no Auto de Infração nº 2069580008/19-1:

- Informa que a ação fiscal sofrida pela autuada resultou na lavratura de 14 Autos de Infração, referente a diversas infrações.
- Sustenta que parte das operações tributadas no presente lançamento, também foram tributadas pelo Auto de Infração nº 2069580008/19-1, nos mesmos períodos, caracterizando a ocorrência de bitributação, sistemática proibida no pela legislação tributária nacional.
- Pontua que no caso específico o presente lançamento 01.01.03 descreve que *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*, já o lançamento materializado no Auto de Infração nº 2069580008/19-1, imputa a ora defendente a infração 03.02.04 *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro de apuração dos valores do imposto.”*
- Salienta que efetuando o cruzamento dos valores lançados no Auto de Infração nº 2069580008/19-1 com os valores lançados no Auto de Infração em apreço, verifica-se a existência de milhares de lançamentos coincidentes, com operações que se referem as mesmas notas fiscais, nas mesmas datas e com os mesmos valores, conforme relação extraídas dos sistemas da Impugnante, anexo II, acostado apenas em meio magnético devido ao grande volume de informações.
- Exemplifica com a Nota Fiscal nº 534097 de 31/12/2017, item CEREAL MAT NESTLE MOCA FLAKES SC 120G (Div. descr.), no valor do item de R\$47,00, cujo imposto cobrado é de R\$ 8,46, constante na última página dos demonstrativos do Auto de Infração ora guerreado e do Auto de Infração nº 2069580008/19-1, anexo II e retratado, o que joga uma pá de cal no argumento do julgador de piso que as operações coincidentes eram de itens diferente, conforme quadro demonstrado fl. 517.
- Registra que ficou impossibilitado de entender, haja visto que o Autuante só acostou aos Autos de Infração a primeira e última página dos demonstrativos. Assim, o Auto de Infração nº 2069580008/19-1 se quer foi julgado em Primeira Instância diferente do que dito pelo julgador de piso.
- Acosta lista, além da similaridade das infrações, diversas operações foram alcançadas pelos dois lançamentos, como as notas fiscais de forma exemplificativa:

DT EMISS	MOD	DOC
02/01/2015	55	258820
02/01/2015	55	258858
02/01/2015	55	258801
02/01/2015	55	258736
03/09/2016	55	422506
03/09/2016	55	422586
03/09/2016	55	422608
03/09/2016	55	422544
03/09/2016	55	422506
03/09/2016	55	422689
05/10/2016	55	429810
05/10/2016	55	430015
05/10/2016	55	429974
05/10/2016	55	430126
31/03/2017	55	470677
31/03/2017	55	470692
31/03/2017	55	470584
31/03/2017	55	470586
31/03/2017	55	470641
31/03/2017	55	470586

- Solicita a Nulidade do presente lançamento.

A recorrente trouxe as mesmas ***alegações para a multa aplicada:***

- Roga para os Princípios Constitucionais da Razoabilidade, Proporcionalidade e de Proibição de Tributação com efeito de confisco;
- Reproduz o art. 150, IV da CF/88 - grave vício de inconstitucionalidade, eis que contrariam o princípio constitucional que proíbe a tributação com fins confiscatórios;
- Acosta posição da jurisprudência consolidada dos Tribunais Pátrios, ensinamentos de Leonardo e Silva de Almendra Freitas, citando Heron Arzua, entendimento do saudoso Ministro Amílcar Falcão, jurisprudência, em especial a construída pelo STF, que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551-1/RJ (j. 24/10/2002), de Ministro Ilmar Galvão, reconheceu a proibição da utilização das multas tributárias com efeito confiscatório;
- Roga para o princípio da proibição do excesso (proporcionalidade), tem morada Constitucional do STF que invoca como uma das formas de materialização do princípio do devido processo legal, insculpido no art. 5º, LIV da CF/88, cita conclusões tiradas pelo Procurador do Município do Rio de Janeiro Rogério Leite Lobo a partir do estudo das obras dos Grandes Mestres, relembra os princípios constitucionais da vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade;
- Junta jurisprudência do STF no julgamento do RE nº 81.550/MG, Relator o notável Ministro Xavier de Albuquerque, decisões proferidas pelos TRF da 1ª e 5ª Regiões, em que as multas impostas são reduzidas ao patamar de 30% (vinte por cento), ante o reconhecimento do caráter confiscatório que permeiam multas em percentuais de 60%;
- Afirma que a multa é desproporcional e, especialmente, desmedida, bem como com caráter doloso, eis que não agiu com dolo, fraude ou simulação, sendo que não há qualquer indício que tenha havido dolo por parte da Impugnante, quanto às supostas infrações.
- Pugna pelo reenquadramento ou cancelamento.

Quanto ao ***pedido de diligência e perícia:***

- Disse que face a flagrantes erros constatados nas planilhas demonstrativas da infração, requereu a realização de diligências e perícias para se comprovar o erro do Fisco e provocar o refazimento do auto de infração, com a devida redução do presente auto de infração.

Ao final, diz ser imprescindível a necessidade de conexão dos julgamentos do presente Auto de

Infração com o lançamento materializado no Auto de Infração nº 2069580008/19-1. Roga para o princípio da busca da verdade material princípio norteador do Processo Administrativo Fiscal, os processos deverão ser reunidos por conexão e para que o julgamento dos lançamentos supracitados ocorrer de forma simultânea.

Conclui, reiterando todos os argumentos defensivo, em especial o pedido de nulidade do presente lançamento por ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. Registra que deixou de quantificar as exclusões citada alhures, haja vista que não nos foi apresentado os demonstrativos de forma editável (excel), cerceando o direito de defesa da autuada.

Subsidiariamente, requer que seja julgado Improcedente, em face aos flagrantes erros constatados nas planilhas demonstrativas da infração, requerendo desde já a realização de diligências e perícias para se comprovar o erro do Fisco e provocar o refazimento do auto de infração, com a devida redução do presente auto de infração.

Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

Registro a presença na sessão de julgamento da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Rebeca Brandão de Jesus – OAB/BA nº 58.327.

É o relatório.

VOTO

O recorrente vem tentar modificar o Auto de Infração, através dos Recursos de Ofício e Voluntário interpostos, respectivamente, pela 1ª JJF recorreu, de ofício, para esta Câmara julgadora no sentido de revisar o lançamento tributário e, na peça recursal, o recorrente, volta a fazer suas argumentações no sentido de improceder o lançamento.

Na decisão piso, o colegiado de primeiro grau reduziu o lançamento do Auto de Infração de R\$4.958.952,50 para R\$939.335,57, neste sentido, já se tem o Recurso de Ofício, objeto de revisão, no qual é conhecido devido a desoneração ser superior ao estabelecido ao regimento do RPAF, no qual passe-se a devida análise.

A JJF acolheu a decadência acatada pelo o autuante, sendo excluído do lançamento os fatos geradores de janeiro a junho de 2014, pois proferiram argumentação de que tais créditos tributários estavam extintos, conforme o art. 156, V do CTN, no qual foram transcorridos 5 anos para o devido lançamento do fato gerador. Também acolheu tais exclusões conforme o incidente de uniformização da PGE, com fundamento do art. 150, §4º do CTN. Outro fato que fizeram os julgadores da Primeira Instância a reduzir o crédito tributário reclamado foi sobre a questão das transferências internas, no qual o próprio autuante, já fizera a exclusão antes mesmo do julgamento primário, sendo acolhido pelos componentes da Junta Julgadora que evidenciou tal fato pela Súmula nº 08 do CONSEF que diz: *“não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens ou mercadorias entre estabelecimentos de um mesmo titular”*. Para as demais argumentações defensivas foram mantidas na autuação, não dando razão para o patrono do contribuinte.

Todas as providências tomadas pelo fiscal autuante para sanar as dúvidas do colegiado de piso, foram providenciais, concretas e deliberadas com os julgados já existentes neste Conselho de Fazenda. Para as exclusões feitas pelo autuante, tanto da decadência, como das transferências internas que não incidem cobrança de ICMS, concordo plenamente.

Assim, mantenho a Decisão recorrida e, voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício interposto.

Passo para a análise das argumentações da peça recursal vestibular.

Nas razões do recorrente, o patrono trouxe os mesmos três fatos onde alega nulidade do Auto de Infração: a) primeira preliminar, **Falta de Termos**: disse que o Auto de Infração deve conter todos

os requisitos lícitos que possibilite a real apuração das infrações, vinculando com a exata prescrição da lei. Pontuou que a falta de documento essencial citado acarreta por nulidade do ato, assim não se tem Auto de Infração, sendo que esse dano fere a validade do ato administrativo; **b)** segunda nulidade suscitada, ***Conflito entre Termos e o Auto de Infração***: alegou que na intimação do Auto de Infração a Inscrição Estadual (IE) é de outra filial, no qual dificultou o exercício da ampla defesa e que os demonstrativos não há informação da IE que está sendo apurado o crédito tributário reclamado; e **c)** terceira nulidade, ***Cerceamento do Direito de Defesa referente à Inadequação dos Demonstrativos***: tece que os demonstrativos apresentados no CD mídia é de formato PDF não editável, impossibilitando conferências e cruzamentos de informações, para a devida defesa adequada dentro do prazo. Reforça que o formato deve ser em EXCEL para assim, fazer a devida análise dos dados de forma integral, automatizada e rápida.

Para primeira preliminar suscitada em relação a argumentação de falta de termos, de logo, nego a nulidade, pois verificando as folhas iniciais, vejo que a recorrente não tem razão para tal fato, pois na fl. 7 dos autos consta o Termo de Apresentação de Livros e/ou Documentos Fiscais, sendo assim, através deste documento, não precisa do Termo de Início de Fiscalização, conforme dispõe o art. 26, III do RPAF, no qual considera iniciado “*o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização*”.

Em relação a segunda preliminar (conflito entre os termos e Auto de Infração), onde destaca que a inscrição estadual apresentada na intimação do Auto de Infração não é a mesma IE da intimação da lavratura e da apresentação dos documentos para lavratura da autuação. Verifiquei a argumentação da patrona/recorrente e, assiste razão, esta argumentação, pois evidenciei o seguinte:

- A IE do Auto de Infração é de número 013.608.561 – Fl. 01;
- A IE da Intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais para a lavratura do Auto de Infração é o número 086.418.706 – Fl. 07;
- A IE da Intimação da lavratura do Auto de Infração é o número 074.843.025 – Fl. 12;

Portanto, IEs completamente diferente, no entanto, verifiquei o CD-mídia do demonstrativo que lavrou o Auto de Infração e, pontuei que os papéis de trabalho (Demonstrativo analítico) supostamente, está fazendo referência à IE do Auto de Infração (013.608.561), pois a descrição da infração é justamente ao do demonstrativo. Destaco também que a ordem de serviço (OS) quando encaminhada para a fiscalização para cumprir suas funções, é feita várias lavraturas de Autos de Infração de diferentes IEs, com o mesmo número de OS.

Constanei nas cronologias das peças e, está comprovado nos autos que, após a primeira intervenção por parte do contribuinte/advogada, o autuante sanou o erro material quando intimou o contribuinte referente às IEs. O fiscal autuante, nas fls. 74/75, 310, 378, 402, 410/410A, 439, ao fazer sua informação fiscal intimou o autuado, mesmo extemporâneo, devidamente correto com a indicação da IE nº 13.608.561, dando conhecimento da peça fiscal, antes mesmo do julgamento de primeiro grau.

Assim, constato erro material por parte da fiscalização sanada devido a apresentação das peças processuais: impugnações, informação fiscal e manifestações por parte da patrona da recorrente e intervenções das partes – rebatendo, discutindo sobre todos os fatos da autuação, não tendo assim, cerceamento de defesa, pois constata-se que a defesa do contribuinte foi ampla e teve o seu contraditório, tanto teve a sua amplitude que o Auto de Infração fora reduzido bastante, sendo excluídos operações por causa dos argumentos defensivos apresentados. Rejeito a segunda preliminar de nulidade.

Para a última preliminar, sob a alegação de que o demonstrativo está em formato PDF. Destaco que abrir o CD onde consta o demonstrativo analítico do Auto de Infração e verifiquei que o formato que consta na mídia é EXCEL e, não o formato alegado pela advogada da recorrente. Pontuo também, que o último demonstrativo que reduziu o montante do Auto de Infração está na

forma que o contribuinte possa manipular com facilidade, filtrando por: mês, data de emissão da NF, nº da NF, UF, CFOP, código da mercadoria, NCM, descrição do item, valor da BC, valor do imposto. Assim, não condiz a alegação do contribuinte e, conseqüentemente, rejeito mais uma nulidade suscitada.

Vejo que a representante do sujeito passivo entendeu e se defendeu do que foi realmente acusado, apesar de IES diferentes (na lavratura, na apresentação dos documentos fiscais e na intimação da lavratura, no qual foi sanada na fase inicial de que as partes vieram, antes mesmo da decisão de piso), apresentando documentos para tentar provar as suas alegações apontadas, o que foi apreciada na decisão ora recorrida. Entendo, por isso que o lançamento preenche todo os requisitos previsto no art. 39 do RPAF-BA, apesar deste erro material, assim concluo pela rejeição das nulidades suscitadas.

Quanto ao pedido de diligência e perícia, não vejo razão para esta solicitação, pois, **primeiro** consta nos autos intervenções das duas partes (autuado/recorrente e o fiscal autuante) rebatendo, cada um dos fatos que alegam serem corretos, conseqüentemente, sem querer o fiscal autuante já fora diligente para recorrente e trouxe todos os argumentos, **segundo**, que a solicitação deste pedido de perícia é prerrogativa do relator, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir algum elemento que aclarem a discussão da lide e, **terceiro**, a recorrente não produz mais nenhuma prova que necessite alguma análise técnica mais aprofundada. Nego tal pedido de diligência e perícia, pois constato que, após as várias intervenções, os elementos são suficientes para apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99.

Nas argumentações de mérito, a recorrente alega ainda decadência para os fatos geradores de janeiro a junho, conforme o art. 150, §4º do CTN. Vejo que esta repetição de solicitação decadência, fica prejudicada, pois já fora acolhida na decisão de primeiro grau.

A Junta julgadora pontuou que as operações questionadas pelo ora recorrente sobre mercadorias: isentas, de devolução, não tributáveis e de tributação encerrada, que:

- Houve exclusão dos “CFOPs 5915 e 6915 (remessas para conserto), e CFOPs 5909/6090 (vasilhames); CFOP 5927 (produtos perecidos – perda por furto, roubo, avarias); produto “Filme Stretch”, usado para embalagens; mercadoria salmão, até 31/05/2016, quando começou a vigorar o Decreto nº 16.738/16; em função de não serem tributadas ou serem isentas no período”;

Verifiquei as ponderações que a JJF descreveu e, confirmei a exclusão dos CFOPs 5915, 6915, 5909 e 6090. Para o CFOP 5927 ainda consta no demonstrativo, no entanto, não são produtos perecíveis. Em relação ao produto **Filme Stretch** também consta no demonstrativo o valor de **R\$105,07** referente às Notas Fiscais nºs 456581 (27/01/2017), 463724 (01/03/2017) e 475571 (24/04/2017), assim, excluo do demonstrativo o referido valor. Para mercadoria **Salmão** que é isento até 31/05/2016, constato que ainda consta no demonstrativo o referido produto no valor de ICMS de **R\$702,17** referente às Notas Fiscais nºs 264638 (21/01/2015), 278023 (10/03/2015), 280750 (20/03/2015), 281242 (23/03/2015), 281989 (25/03/2015), 321781 (19/08/2015), 322181 (20/08/2015) e 356375 (15/12/2015).

- Que os “itens com fase de tributação encerrada, concordo com a manutenção da exigência por parte do autuante, uma vez que para o produto está enquadrado na substituição tributária, necessita que além do NCM está elencado no Anexo I do RICMS/2012, que também a descrição do produto seja a compatível com feita no dispositivo em questão”, portanto, “as mercadorias Cereal – NCM 1904.1000, Pão de Queijo – NCM 1905.9090, Lubrificante Gel – NCM 3006.7000 e Mistura para Bolo – NCM 1901.2000, não estavam incluídas no instituto da substituição tributária, nos períodos cujo imposto está sendo exigido no presente processo”.

Nas razões de mérito para composição do crédito tributário, alega: “Erro Material; Impossibilidade de Tributação das Transferências Internas; Tributação das Operações Internas; Autuação Indevida com Encerramento da Fase de Tributação; Inclusão Indevida de outras operações 5949 e 5927, sendo operações intributáveis pelo ICMS; Bitributação; Quanto às Multas aplicadas - Efeitos Confiscatórios; Solicitação de Diligência”.

A recorrente volta a alegar **erro material** dizendo que a recorrente fora fiscalizada para recolhimento do imposto a menor, sendo considerados na apuração do crédito tributário, mercadorias tributáveis, o que levou o fiscal a lançar de forma equivocada. Para esta alegação não vejo coerência, pois a autuação está corretíssima, a recorrente não aponta qual seria o erro, só alega, não trazendo provas para dirimir, pelo menos dúvidas para o lançamento, pois conforme a JJF destacou as operações de saídas não foram pagas por, entender a recorrente, não serem tributáveis, tanto que o autuante em suas informações prestadas exemplificou o porquê da cobrança. Na fl. 372 dos autos (Informação fiscal), o autuante mostrou os equívocos aritmético da empresa autuada e explicou toda situação.

Para a alegações que ainda consta nos demonstrativos, **tributação em operações de transferências internas** com CFOPs nºs 5152, 5403, 5409, 5949, 5926 e 6921. Consultei o último demonstrativo que houve a redução (para R\$939.335,57) do valor lançado inicial e, verifiquei, após fazer filtragem, os CFOPs 5152, 5409, 5926 e 6921, não foi encontrado neste último demonstrativo, nenhuma cobrança. Já o CFOP 5403 vejo que a recorrente não tem razão, apesar de esta registrada neste código de receita é de operações de vendas de mercadorias não sujeitas ao regime de ST.

Para o CFOP 5949, código de saídas de mercadorias para prestação de serviço, vejo que não condiz como transferência, no entanto, a recorrente apresenta exemplo de Notas Fiscais (nºs 533.798, 53.494 e 519.804) na fase recursal. Verifiquei tanto o demonstrativo e as provas anexadas como amostragem e, de ofício, constatei nulidade para as mercadorias com este CFOP ora analisado, pois a autuação fora pela constatação de falta de recolhimento em razões de operações tributáveis como não tributáveis, no entanto, é observado que tais mercadorias seria uma autuação de estorno de crédito, observando ainda, que constam mercadorias da ST.

Portanto, de ofício, excludo do lançamento toda nota com CFOP 5949, por entender ser nula a cobrança conforme a descrição da infração. Recomendo a renovação da ação fiscal para cobrança referente as mercadorias ao CFOP 5949 por entender ser do estorno de crédito e observar o prazo decadencial.

Fiz também consulta de outros CFOPs de transferências e não consta nenhuma operação para estes códigos, portanto, não acolho o pleito nesta alegação.

Nas questões de **operações isentas** para operações com pescado em estado natural ou congelado, conforme o art. 265, II, “e”, e, frutas e verduras, conforme o art. 245 [265] ambos do RICMS.

Para as operações com pescado, conforme o art. 265, II, “e” do RICMS, reproduzo abaixo, para a precisa análise:

Art. 265. São isentas do ICMS:

II - as saídas internas de:

e) pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado; (Revogado pelo Decreto Nº 16738 DE 20/05/2016):

A recorrente citou as mercadorias de pescado de peixes salgado e em posta. Vendo o dispositivo e as mercadorias citadas, o sujeito passivo não faz jus da isenção, pois conforme o dispositivo, o benefício são para pescados in natura, não pode ser salgada (Corvina Salgada) e, nem pode ser em posta (Salmão em Posta). O dispositivo citado está devidamente claro.

Em relação a mercadoria milho para canjica a legislação diz o seguinte:

Art. 265. São isentas do ICMS:

II - as saídas internas de:

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho (Conv. ICMS 224/2017); (Redação da alínea dada pelo Decreto Nº 18406 DE 22/05/2018)

Os produtos encontrados nos demonstrativos são: “MILHO P/CANJICA BRANCA JUPARANA 500G” e “MILHO P/CANJICA AMARELO JUPARANA 500G”. Estranheza sentir, pois milho para canjica não seria farinha de milho? Estaria contemplado na legislação? No entanto, consultei na internet para ver a descrição destas mercadorias e encontrei a seguinte ilustração:



Existem julgado desta CJF (A-0236-12/20-VD – AI Nº 3007660005186 – Julgado pelo conselheiro Marcelo Mattedi) que fora retirado da autuação para os produtos de farinha de milho e fubá de milho, mas verifico que o produto exposto acima é grão e não farinha, não contemplado pelo dispositivo citado.

Portanto, não assiste razão ao recorrente para as mercadorias indicadas de pescados e milho para canjica.

A recorrente alegou isenção na fase impugnatória para o produto salmão e a JJF informou que o autuante excluiu do lançamento do demonstrativo tal mercadoria até 31/05/2016. No entanto, ao verificar tal exclusão, constatei que ainda consta no demonstrativo o referido produto no valor de ICMS de **R\$702,17** referente às Notas Fiscais já citadas em parágrafos anteriores, no qual aqui faço a completa exclusão. Portanto, voto pelo Provimento Parcial deste apelo.

Também o produto Filme Stretch consta no demonstrativo o valor de **R\$105,07** referente às Notas Fiscais nºs 456581 (27/01/2017), 463724 (01/03/2017) e 475571 (24/04/2017), no qual a JJF alega ter excluído, no entanto, manteve na autuação e se verifica que ficou comprovada a venda do referido produto, não sendo utilizado como uso e consumo, conforme afirma a recorrente. Assim, mantenho na autuação, estando de acordo com a JJF.

Pontua a recorrente ser indevido as **mercadorias com tributação encerradas**, onde acosta quadro indicando consta na ST até o dia 31/12/2014 e junta jurisprudência do CONSEF (A-0275-03/19). Destaco que o produto que está enquadrado na ST, necessita que além da NCM está elencada no Anexo I do RICM/2012, também tem que a descrição do produto seja compatível com a feita no dispositivo citado, pois as mercadorias citadas, novamente, nesta fase recursal (CEREAL, PÃO DE QUEIJO, LUBRIFICANTE GEL, CAFÉ, MIST P/ BOLO, APRESUNTADO, SALAME, FONDANT, CHOC PO SOLUVEL MAVALERIO 32% CACAU 20, MORTADELA, SALAME, PRESUNTO e LINGUIÇA CALABRESA), não está incluída no instituto da ST nos períodos cujo o imposto fora exigido. Portanto, indeferido tal alegação.

Quanto ao fato da **bitributação**, onde a recorrente alega que as operações autuadas neste Auto de Infração ora discutido (206958.0006/19-9) foram cobradas no Auto de Infração nº 206958.0008/19-1. Nos argumentos de impugnação o representante da recorrente trouxe dois Autos de Infração (206958.0007/19-5 e 206958.0008/19-1) alegando cobrança em duplicidade, como verificou que o Auto de Infração com final 7195 fora julgado improcedente, passou a arguir a bitributação para o Auto de Infração 8191 sob alegação que tem os mesmos fatos jurídicos/geradores, com existência de milhares lançamentos coincidentes e com operações de mesmas notas fiscais, trazendo como exemplo a Nota Fiscal nº 534097, entre outras.

Novamente, a recorrente faz alegação sem prova inequívoca, pois verifiquei a nota fiscal citada como exemplo, e constatei que este documento nem consta no último demonstrativo de débito e, também, sou de mesmo entendimento exposto pelo colegiado de piso, pois a lavratura de dois Autos de Infração com mesmo exercício não significa bitributação, sendo que o Auto de Infração de nº 206958.0008/19-1 foi lavrado por recolhimento a menor devido ao erro na apuração, constando em linhas gerais que o cálculo do ICMS estava sendo apurado e recolhido sempre a menor, salientando erro na apuração dos valores do imposto, ao contrário, do que está sendo cobrado neste Auto de Infração ora discutido, pois são operações de saídas cujo o ICMS destacado estava em branco. Não há razão nesta argumentação.

Quanto à alegação de a **multa ser desproporcional**, onde solicita cancelamento ou reequilíbrio para redução da mesma. Verifico que a multa aplicada no Auto de Infração é prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 e, que, este Conselho de Fazenda não tem mais competência para reduzir qualquer multa, seja ela de obrigação acessória ou principal, pois houve alteração de lei para tal ato de não redução. Portanto, é legal a aplicação e este órgão julgador não possui competência para apreciar a inconstitucionalidade da legislação tributária, nem negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do art. 167, I e III do RPAF/BA.

Voto pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário apresentado no sentido de julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração para reduzir o montante de primeiro grau no valor de R\$939.335,57 para R\$867.765,28, excluindo do lançamento os valores referentes à “Salmão” (até 31/05/2016) que a JJF julgou serem indevidos, no entanto, ainda constava no demonstrativo e, de ofício, excluir do lançamento toda mercadoria com CFOP 5949 por entender que a infração a ser cometida, neste caso, seria estorno de crédito e não, a que ora se descreve neste Auto de Infração. Recomenda-se a renovação da ação fiscal para cobrança referente as mercadorias ao CFOP 5949 por entender ser do estorno de crédito, observando o prazo decadencial.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, remanesecendo o valor de R\$867.765,28, conforme o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VL LANÇADO	VL. JULG-JJF	VL. JULG-CJF
Jul/2014	18.728,45	4.941,11	1.662,54
Ago/2014	14.953,61	2.071,18	1.556,00
Set/2014	17.801,14	3.776,84	1.311,71
Out/2014	19.186,45	3.555,88	2.251,14
Nov/2014	43.783,57	9.379,50	2.891,11
Dez/2014	61.705,33	19.575,05	3.509,49
Jan/2015	39.163,93	12.437,03	4.338,59
Fev/2015	133.539,31	24.443,60	20.931,86
Mar/2015	148.371,68	27.992,63	26.797,76
Abr/2015	137.073,36	30.551,03	26.380,61
Mai/2015	125.729,49	17.728,40	17.081,48
Jun/2015	119.517,08	20.725,33	20.043,19
Jul/2015	145.129,32	24.422,34	23.804,27
Ago/2015	120.317,24	15.044,93	14.494,02
Set/2015	97.664,76	17.283,99	16.121,80
Out/2015	118.747,75	22.332,38	21.742,72
Nov/2015	111.479,69	20.618,77	19.510,19
Dez/2015	141.305,99	24.214,66	23.764,16
Jan/2016	149.711,44	30.394,02	29.659,97
Fev/2016	136.767,66	21.443,50	20.927,20
Mar/2016	139.910,77	19.905,76	19.343,29
Abr/2016	91.635,14	19.010,67	18.664,13
Mai/2016	104.325,64	21.814,72	21.033,01
Jun/2016	105.997,44	20.480,96	20.242,85
Jul/2016	99.915,14	23.273,45	22.828,22
Ago/2016	120.270,82	29.678,34	28.965,34
Set/2016	106.102,38	26.660,71	25.985,26
Out/2016	153.116,25	35.624,42	34.933,68
Nov/2016	292.905,95	65.256,57	63.824,97
Dez/2016	332.842,35	52.404,56	51.602,00
Jan/2017	187.511,65	26.734,74	25.739,22
Fev/2017	107.131,33	18.862,13	18.599,36
Mar/2017	140.172,40	28.194,76	26.659,79
Abr/2017	158.625,52	30.688,27	30.412,54
Mai/2017	116.446,07	22.892,39	21.717,57

Jun/2017	114.765,55	28.596,65	28.095,73
Jul/2017	104.599,10	23.281,64	22.809,81
Ago/2017	117.156,48	25.075,98	24.362,69
Set/2017	121.679,11	27.084,51	26.458,54
Out/2017	110.244,00	21.887,90	20.788,30
Nov/2017	61.315,35	13.824,38	10.947,97
Dez/2017	37.112,56	5.169,89	4.971,20
TOTAL		939.335,57	867.765,28

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206958.0006/19-9**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$867.765,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se a renovação da ação fiscal para cobrança referente as mercadorias ao CFOP 5949 por entender ser do estorno de crédito, observando o prazo decadencial.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS